

# Inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van tijdelijke creatieve leefbaarheidsinitiatieven (anti-leegstandsinitiatieven)

Een tour d'horizon langs de juridische mogelijkheden, de voetangels en klemmen binnen de kaders van het staatssteunrecht en de Wet Markt en Overheid

Gst. 2019/72

**Het tegengaan van leegstand vormt voor veel gemeenten en provincies een beleidsmatige uitdaging. Stimulering van tijdelijke creatieve leefbaarheidsinitiatieven (anti-leegstandsinitiatieven) met inzet van gemeentelijk vastgoed is één van de mogelijkheden. In deze bijdrage wordt uiteengezet wat in dat kader wel en niet mogelijk is gezien vanuit het Europese staatssteunrecht en de Wet Markt en Overheid.**

## 1. Inleiding

### 1.1 De beleidsmatige uitdaging van de gemeente Innovoort

Wij nemen u mee naar Innovoort, een denkbeeldige, gemiddelde gemeente in Nederland, gelegen buiten de randstad. Innovoort telt ongeveer 100.000 inwoners en heeft een fraai historisch centrum met een centrumwinkelgebied. De gemeente kampt door verschillende oorzaken echter met de nodige leegstand. Dat geldt ook voor een groot pand met een plein ervoor, waarvan de gemeente de 'gelukkige' eigenaar is. Het pand staat al jaren leeg en domineert een deel van het centrum dat nu een troosteloze aanblik oplevert. Het gemeentebestuur en de plaatselijke winkeliersverenigingen in Innovoort zoeken naar creatieve invullingen voor het leegstaande vastgoed in de gemeente om Innovoort (weer) op de kaart te zetten. Gedacht wordt aan ad-hocinitiatieven bij wijze van pop-ups, culturele evenementen, al dan niet overdekte foodtrucks, enz., maar ook aan invullingen voor een langere duur, in elk geval minstens tijdens de zomerperiode en zo mogelijk langer. De ondernemingsverenigingen vragen het gemeentebestuur of initiatiefnemers maximaal gefaciliteerd kunnen worden om voormelde doelen te bereiken, bijvoorbeeld door tijdelijk "om niet" gebruik te kunnen maken van het lege pand van de gemeente of het beter en anders kunnen gebruiken van het grote plein ervoor, al dan niet gecombineerd met andere maatregelen, zoals een stimuleringsbijdrage, of andere faciliterende maatregelen. Vanuit het 'algemeen belang' om Innovoort beter op de

kaart te zetten en ter stimulering van de leefbaarheid van de binnenstad, is het gemeentebestuur van Innovoort graag bereid creatieve initiatieven in de gemeente te faciliteren. Het gemeentebestuur vraagt zich echter af of en zo ja, onder welke voorwaarden het (leegstaande) gemeentelijk vastgoed, gelet op de diverse toepasselijke regelgevingskaders, daartoe het best kan worden ingezet.

### 1.2 Inkadering

Veel gemeenten zullen de casus van de gemeente Innovoort herkennen of in elk geval elementen eruit.<sup>2</sup> Het tegengaan van leegstand vormt voor veel gemeenten en provincies een beleidsmatige uitdaging.<sup>3</sup> Uit onderzoek uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties kwam in 2016 al naar voren dat vastgoedbezitters (gemeenten en woningcorporaties) en maatschappelijk initiatiefnemers (bewoners en sociaal ondernemers) bij het inzetten van leegstaand vastgoed voor maatschappelijke initiatieven onder meer aanlopen tegen ingewikkelde regelgeving.<sup>4</sup> Relevante regels liggen onder meer besloten in het vigerende bestemmingsplan, de drank- & horecaregelgeving, de algemene plaatselijke verordening, de Winkeltijdenwet en fiscale regelgeving. Ook kunnen meer algemene juridische vragen rijzen omtrent de verhouding van de inzet van privaatrechtelijke instrumenten tot het gebruik van publiekrechtelijke bevoegdheden (denk aan mogelijke doorkruising) en de rol van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij die inzet.<sup>5</sup>

Het bespreken van alle mogelijke toepasselijke juridische kaders waarmee gemeenten en initiatiefnemers in dit kader

<sup>1</sup> Paul Adriaanse en Jolanda van Koeveringe-Dekker zijn als advocaat werkzaam bij Justion Advocaten. Paul Adriaanse is daarnaast als universitair hoofddocent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

<sup>2</sup> Zie Landelijke Monitor Leegstand 2017 en 2018, bron: CBS ([https://public.tableau.com/profile/centraal.bureau.voor.de.statistiek#!/vizhome/Dashboard\\_leegstand\\_2018\\_2017/Toelichting](https://public.tableau.com/profile/centraal.bureau.voor.de.statistiek#!/vizhome/Dashboard_leegstand_2018_2017/Toelichting)).

<sup>3</sup> Zie het kennisprogramma Leegstand van het IPO ([www.ipo.nl/publicaties/kennisdeling-en-samen-optrekken-bij-de-aanpak-van-leegstand/](http://www.ipo.nl/publicaties/kennisdeling-en-samen-optrekken-bij-de-aanpak-van-leegstand/)), in het kader waarvan op 10 september 2018 de werkconferentie 'Revitalisering vastgoed, Nederland (ver)bouwt' werd gehouden (<https://nieuws.ipo.nl/congres-over-leegstand/>). Zie bijv. ook *Gemeenten steeds creatiever in aanpak van winkelleegstand?*, bron: NOS 20 maart 2018 (<https://nos.nl/artikel/2223395-gemeenten-steeds-creatiever-in-aanpak-van-winkelleegstand.html>); *'Maak van het stadscentrum een huiskamer'*, bron: gemeente, nu 27 maart 2018 ([www.gemeente.nu/economie/winkelleegstand-maak-het-centrum-huiskamer-van-gemeente/](http://www.gemeente.nu/economie/winkelleegstand-maak-het-centrum-huiskamer-van-gemeente/)).

<sup>4</sup> Zie R. Nijkamp & Y. Schothorst, *Buurtrechten en leegstaand vastgoed. De resultaten van kwalitatief onderzoek*, januari 2016, onderzoek in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, p. 1, 9 en 10.

<sup>5</sup> Zie Rb. Noord-Holland 23 februari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1033.

te maken zouden kunnen krijgen, gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.<sup>6</sup> In deze bijdrage willen wij de vragen van de gemeente Innovoort benaderen vanuit een tweetal invalshoeken, waarvan de relevantie ons in de praktijk in het bijzonder ook is gebleken. Eerst richten wij ons op de vraag wat wel en niet mogelijk is gezien vanuit het Europese staatssteunrecht (paragraaf 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde wat wel en niet mogelijk is, gezien vanuit het kader van de Wet Markt en Overheid (paragraaf 3). Wij sluiten af met een aantal concluderende slotopmerkingen waarin de besproken juridische kaders in onderlinge samenhang worden gezien (paragraaf 4).

## 2. Inzet van gemeentelijk vastgoed gezien vanuit het staatssteunrecht: wat kan wel, wat kan niet?

### 2.1 Algemeen

Het Europese staatssteunrecht is gericht op het voorkomen en tegengaan van concurrentievervalsingen op de interne markt, meer in het bijzonder door maatregelen van overheden in de lidstaten (waaronder gemeenten) als gevolg waarvan bepaalde ondernemingen selectief worden bevoordeeld. Een maatregel die als staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) kwalificeert, is in beginsel verboden. Onder bepaalde voorwaarden en met inachtneming van de in het VWEU opgenomen procedurele regels kan verlening van staatssteun voor bepaalde doeleinden echter toch toelaatbaar zijn.

Wij bespreken hierna eerst (2.2) op hoofdlijnen onder welke voorwaarden bij de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven sprake kan zijn van staatssteun. Vervolgens (2.3) bespreken wij eveneens op hoofdlijnen, gericht op de praktijk, de vraag onder welke voorwaarden staatssteun ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven kan worden verleend, zonder dat daarvoor voorafgaande goedkeuring aan de Europese Commissie hoeft te worden gevraagd op basis van aanmelding in de zin van art. 108 lid 3 VWEU.

### 2.2 Staatssteun

Van staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU is volgens vaste Europese rechtspraak<sup>7</sup> sprake als cumulatief is voldaan aan de volgende voorwaarden:

1. een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd;
2. een selectief voordeel voor één of meerdere ondernemingen;
3. potentiële ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten;
4. (dreigende) vervalsing van de mededinging.

<sup>6</sup> Zie eerder in dit blad al: W. Lever, 'Verzelfstandiging van sportcomplexen. De juridische vormen van ingebruikgeving', *Gst* 2018/25.

<sup>7</sup> Zie o.a. HvJ EU 25 juli 2018, C-128/16 P (*Commissie/Spain e.a.*), ECLI:EU:C:2018:591, r.o. 35; HvJ EU 6 maart 2018, C-579/16 P (*Commissie/FIH Holding e.a.*), ECLI:EU:C:2018:159, r.o. 43; HvJ EU 26 april 2018, C-236/16 en C-237/16 (*ANGED/Diputación General de Aragón*), ECLI:EU:C:2018:291, r.o. 25.

Als één van deze voorwaarden niet is vervuld, wordt de maatregel niet als staatssteun aangemerkt en stelt het Europese staatssteunrecht geen bijzondere eisen of beperkingen aan de uitvoering van die maatregel. Het is hierbij wel van belang om te onderkennen dat de toetsing dan zeker nog niet voltooid is. Alsdan dient namelijk nog te worden getoetst of het beoogde handelen van de gemeente verenigbaar is met de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid. Zoals aangegeven, bespreken wij het kader van de Wet Markt en Overheid in paragraaf 3.

Hoe verhoudt de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven zich tot de voornoemde voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU?

#### 2.2.1 Een maatregel van de staat of met staatsmiddelen bekostigd?

Wat betreft de eerste voorwaarde, zal de inzet van gemeentelijk vastgoed voor de toepassing van art. 107 lid 1 VWEU als een zogenaamde 'maatregel van de staat' worden aangemerkt als het gemeentebestuur zelf over die inzet beslist. De inzet van vastgoed kan ook als een 'maatregel van de staat' worden aangemerkt als het beheer van het vastgoed verloopt via een daartoe aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheerorganisatie.<sup>8</sup> Diverse, met name grotere, gemeenten hebben de organisatie van hun vastgoedactiviteiten centraal ondergebracht in gemeentelijke vastgoedbedrijven die in meer of mindere mate op afstand van de gemeente kunnen staan. Volgens vaste Europese rechtspraak is het enkele feit dat een maatregel door een overheidsbedrijf wordt genomen, op zich echter niet voldoende om die maatregel staatssteunrechtelijk gezien als toerekenbaar aan de staat (lees in dit geval: de gemeente) aan te merken.<sup>9</sup> Of de wijze waarop het vastgoed wordt beheerd en/of geëxploiteerd in een dergelijk geval staatssteunrechtelijk gezien nog aan de gemeente kan worden toegerekend, hangt af van de vraag of de gemeente geacht kan worden op een of andere manier bij de vaststelling van de maatregel(en) betrokken te zijn geweest. Kort gezegd zal het antwoord op die vraag volgens de Europese rechtspraak moeten worden afgeleid uit een samenstel van aanwijzingen die blijken uit de omstandigheden van de zaak en de context waarin deze maatregel is genomen.<sup>10</sup>

Daarnaast dient volgens vaste Europese rechtspraak nog afzonderlijk nagegaan te worden of sprake is van bekostiging

<sup>8</sup> HvJ EU 13 September 2017, C-329/15 (*ENEA S.A./Prezes*), ECLI:EU:C:2017:671, r.o. 23.

<sup>9</sup> In het kader van het staatssteunrecht wordt voor de definitie van een overheidsbedrijf aangesloten bij de omschrijving van het begrip "overheidsbedrijf" (openbaar bedrijf) in Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen (*PbEU* L 318 van 17.11.2006, p. 17). Art. 2, onder b), van die richtlijn omschrijft "openbare bedrijven" als "alle bedrijven waarover overheden rechtstreeks of middellijk een dominerende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de desbetreffende regels". In het kader van de Wet Markt en Overheid (art. 25g Mw) wordt van een beperkter begrip "overheidsbedrijf" uitgegaan. Zie verder paragraaf 3.2.

<sup>10</sup> HvJ EU 18 mei 2017, C-150/16 (*Fondul Proprietate SA/Complexul Energetic Oltenia SA*), r.o. 18-19; HvJ EU 17 september 2014, C-242/13 (*Commerz Nederland NV/Havenbedrijf Rotterdam NV*), ECLI:EU:C:2014:2224, r.o. 31-32.

met staatsmiddelen. Die bekostiging kan verschillende vormen aannemen. Er hoeft geen positieve overdracht van middelen plaats te vinden. Voldoende is dat de staat (lees: de overheid) inkomsten derft.<sup>11</sup> De nadere invulling van dit criterium door de Commissie in haar Mededeling over het begrip staatssteun<sup>12</sup> maakt duidelijk dat bij het aanbieden van goederen of diensten door overheden of overheidsbedrijven bij de inzet van gemeentelijk vastgoed sprake zal zijn van inkomstenderving, indien dat aanbieden gebeurt tegen een prijs onder de marktprijs, op een wijze die niet overeenkomt met het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie (zie hierna). Daarmee zal het accent van de toetsing in de meeste gevallen feitelijk komen te liggen bij de tweede voorwaarde van art. 107 lid 1 VWEU.

### 2.2.2 Een selectief voordeel voor één of meerdere ondernemingen?

Volgens vaste rechtspraak omvat het begrip voordeel niet alleen positieve economische voordelen (zoals subsidies), maar alle maatregelen die de lasten verlichten die normaliter op het budget van een onderneming drukken.<sup>13</sup> Het is daarom zeker niet uitgesloten dat in een casus als die van de gemeente Innovoort voorgenomen stimuleringsmaatregelen (zoals het tijdelijk “om niet” ter beschikking stellen van een leeg pand of het beter en anders gebruiken van een plein) kunnen leiden tot een *voordeel* voor een of meerdere betrokken ondernemingen. Dat geldt onmiskenbaar voor het om niet ter beschikking stellen van grond of een pand aan een ondernemer of een beperkte groep ondernemers. Het lijkt ons evident dat de gemeente in die situaties niet handelt zoals een marktdeelnemer in een markteconomie in een vergelijkbare situatie had gedaan en daarmee dus de financiële situatie van de betrokken onderneming(en) verbetert als gevolg van de maatregelen van gemeente, op voorwaarden die afwijken van normale marktomstandigheden.<sup>14</sup> Ten opzichte van (eventuele) concurrenten wordt die partij dan in een gunstigere positie gebracht als gevolg van het overheidshandelen.<sup>15</sup> Voor zover dat voordeel niet ook op gelijke wijze ter beschikking wordt gesteld aan andere ondernemers die zich in een vergelijkbare positie bevinden, zal tevens sprake zijn van een *selectief voordeel*.<sup>16</sup> Of ook het faciliteren door middel van bijvoorbeeld hulp bij de aanvraag van vergunningen, het uitvoeren van beheer en onderhoud van de locaties enz. tot een vorm van bevoordeling kan leiden, is afhankelijk van de vraag welke kosten ondernemers in de desbetreffende gemeente bij gebruik van

die locaties gewoonlijk zelf moeten dragen.<sup>17</sup> Hierbij dient bedacht te worden dat eventueel ook sprake kan zijn van indirecte bevoordeling van ondernemingen, in de zin dat zij indirect een economisch voordeel genieten van een maatregel waarbij zij zelf niet als direct begunstigde zijn betrokken.<sup>18</sup> Om onder het bereik van het staatssteunrechtelijke regime te vallen is, zoals gezegd, nog wel van belang te bepalen of die initiatiefnemers/dienstverleners, getoetst aan het Europese recht, als *onderneming* kunnen worden aangemerkt. Dit wordt al snel aangenomen. Bepalend is slechts de aard van de activiteiten die door de desbetreffende initiatiefnemers (zullen) worden uitgevoerd, waarbij van belang is of goederen of diensten op een markt worden aangeboden.<sup>19</sup> De status van de desbetreffende entiteit in het nationale recht is niet bepalend.<sup>20</sup> De kwalificatie als onderneming en daarmee de toepassing van de staatssteunregels is overigens niet afhankelijk van de vraag of de entiteit is opgericht om winst te genereren.<sup>21</sup> Zoals de Commissie ook in haar Mededeling over het begrip staatssteun duidelijk maakt, kunnen entiteiten zonder winstoogmerk ook goederen of diensten aanbieden op een markt.<sup>22</sup> Toegepast op de fictieve casus van de gemeente Innovoort, kan een lokale groep van initiatiefnemers in de gemeente dus evengoed als een commerciële B.V. worden aangemerkt als onderneming. We lichten dat graag nog nader toe. Stel, het gemeentebestuur van Innovoort besluit om een algemene uitvraag te willen doen, zodat iedereen de kans heeft om met creatieve ideeën te komen. Dan zullen wellicht niet alle initiatieven kwalificeren als het aanbieden van goederen of diensten op een markt. Op voorhand valt echter niet uit te sluiten dat de voorgenomen maatregelen ook ten goede kunnen komen aan ondernemingen. Het enkele feit dat iedereen de kans heeft om met creatieve ideeën te komen, sluit ons inziens op zichzelf niet uit dat sprake kan zijn van *selectieve* begunstiging, aangezien de beoogde voordelen uiteindelijk slechts ten goede kunnen komen aan geselecteerde initiatiefnemers/dienstverleners.<sup>23</sup> Daarmee is de kans aanwezig dat de voorgenomen maatregel(en) tot staatssteun zullen leiden.

### Cultuur en instandhouding van cultureel en natuurlijk erfgoed

Gelet op de actuele benadering van de Commissie in haar Mededeling over het begrip staatssteun, is het voor de in deze bijdrage beschreven thematiek in het bijzonder van belang nader te bepalen of en in hoeverre de voorgenomen maatregelen ten goede (kunnen) komen aan activiteiten op het gebied van cultuur en instandhouding van cultureel en

11 HvJ EU 9 november 2017, C-656/15 P (Commissie/TV2/Danmark), ECLI:EU:C:2017:836, r.o. 43.

12 Mededeling van de Commissie betreffende het begrip “staatssteun” in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna te noemen: “Mededeling 2016”) (PbEU C 262/1 van 19.7.2016), nr. 52.

13 HvJ EU 18 mei 2017, C-150/16 (Fondul Proprietata/Complexul Energetic Oltenia), ECLI:EU:C:2017:388, r.o. 14-21.

14 Zie over het criterium van de marktdeelnemer in een markteconomie verder Mededeling 2016, nr. 74 e.v.

15 Mededeling 2016, nr. 76.

16 HvJ EU 4 juni 2015, C-15/14 P (Commissie/MOL), ECLI:EU:C:2015:362, r.o. 59-60.

17 HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe), ECLI:EU:C:2017:496, r.o. 65/66.

18 Zie hierover verder de Mededeling 2016, p. 26, nr. 115-116.

19 HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe), ECLI:EU:C:2017:496, r.o. 45.

20 Mededeling 2016, p. 4, nr. 8.

21 Idem, r.o. 46.

22 Mededeling 2016, p. 4, nr. 9.

23 Vgl. de toetsing die de Commissie toepaste in het Besluit d.d. 4 augustus 2017, Steunmaatregel SA. 47746 (2017/N) – Nederland, Aanloopsteun aan luchtvaartmaatschappijen Provincie Limburg ([https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/268617/268617\\_1924405\\_32\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/268617/268617_1924405_32_2.pdf)).

natuurlijk erfgoed. De Commissie gaat er namelijk van uit dat sommige van die activiteiten, gezien hun bijzondere karakter, op niet-commerciële wijze georganiseerd kunnen zijn en dus niet-economisch van aard zijn. De Commissie hanteert daarbij de volgende benadering:<sup>24</sup>

“(…) dat overheidsfinanciering van een activiteit op het gebied van cultuur of instandhouding van erfgoed die kosteloos toegankelijk is voor het brede publiek, een zuiver maatschappelijke en culturele doelstelling dient die niet-economisch van aard is.”

Verder blijkt uit de Mededeling dat het feit dat aan deelnemers aan een culturele activiteit die openstaat voor het brede publiek een financiële bijdrage wordt gevraagd die slechts een fractie van de reële kosten dekt, op zich nog niet maakt dat wel sprake is van een economische activiteit. De Commissie redeneert daarbij dat die beperkte bijdrage niet kan worden beschouwd als een echte vergoeding voor de geleverde dienst. Wat in dit verband wel en niet onder cultuur kan worden verstaan is in de Mededeling niet vastomlijnd. Zij rekent volgens de Mededeling daartoe (onder meer) musea, bibliotheken, kunstencentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, operahuizen, concerthallen, festivals en tentoonstellingen, maar ook culturele en artistieke educatie.<sup>25</sup> Uitgaande van deze open omschrijving en de voornoemde benadering van de Commissie ten aanzien van overheidsfinanciering van activiteiten op het gebied van cultuur is er ons inziens zeker ruimte om gemeentelijk vastgoed in te zetten ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven in een gemeente, zonder dat daarbij sprake zal zijn van bevoordeling van een onderneming en daarmee mogelijk van staatssteun in Europeesrechtelijke zin. In het concrete geval zal de aard van de concrete activiteiten bepalend zijn, gezien in samenhang met de wijze van financiering van die activiteiten en de vraag of het al dan niet gaat om brede publieksactiviteiten. Zo zal het om niet ter beschikking stellen van het pand in de gemeente Innovoort als broedplaats en tentoonstellingsruimte voor beginnende kunstenaars vermoedelijk geen staatssteun opleveren, maar het financieel faciliteren van een overwegend commercieel foodtruckfestival op het plein voor het pand mogelijk wel. In situaties waarin een entiteit culturele activiteiten uitoefent, waarvan sommige economisch zijn en andere niet-economisch, hanteert de Commissie de benadering dat de overheidsfinanciering die de desbetreffende onderneming ontvangt dan alleen onder de staatssteunregels zal vallen, als deze de kosten dekt die aan de economische activiteiten zijn verbonden.<sup>26</sup>

De uitkomst van de analyse zal in het concrete geval verder afhangen van de vraag of tevens is voldaan aan de hierna nog te bespreken overige voorwaarden van het begrip staatssteun in de zin van art. 107 lid 1 VWEU.

### 2.2.3 *Potentiële ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten?*

Wat betreft de derde voorwaarde zal in het concrete geval op basis van alle relevante omstandigheden moeten worden onderzocht of de (voorgenomen) maatregelen, op grond van de voorzienbare effecten, het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig *kunnen* beïnvloeden. Daarbij geldt volgens vaste Europese rechtspraak in algemene zin het volgende als uitgangspunt:

“(…) wanneer steun van een lidstaat de positie van bepaalde ondernemingen ten opzichte van andere, concurrerende ondernemingen in het handelsverkeer tussen de lidstaten versterkt, moet dit handelsverkeer worden geacht door de steun te worden beïnvloed. Het is in dat verband niet noodzakelijk dat de begunstigde ondernemingen zelf aan het handelsverkeer tussen de lidstaten deelnemen.”<sup>27</sup>

In deze ruime benadering gaat het Hof van Justitie ervan uit dat bovendien geen drempel of percentage geldt waaronder het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig wordt beïnvloed. Dat betekent dat in beginsel ook kleinere steunbedragen en steun aan kleine ondernemingen het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.<sup>28</sup> Dat laat onverlet dat een gemeente zich in de praktijk op de de-minimisverordening<sup>29</sup> zou kunnen beroepen. Als aan alle voorwaarden uit die verordening wordt voldaan, mag ervan worden uitgegaan dat geen sprake is van aanmeldingsplichtige staatssteun. In dat kader geldt als meest bekende voorwaarde dat het totale bedrag aan de-minimissteun die per lidstaat aan één onderneming wordt verleend, gerekend over een periode van drie belastingjaren, niet hoger mag zijn dan € 200.000. Verder geldt dat de de-minimisverordening volgens art. 4 lid 1 van die verordening alleen van toepassing is op ‘transparante steun’, dat wil zeggen steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse hoeft te worden uitgevoerd. Als zodanig wordt in ieder geval beschouwd steun vervat in subsidies en rentesubsidies, alsook, onder in de verordening nader aangegeven voorwaarden, steun die wordt gegeven in leningen, kapitaalinjecties, risicofinancieringsmaatregelen in de vorm van investeringen van aandelenkapitaal of hybride kapitaal, en garanties. Steun vervat in andere instrumenten wordt voor de toepassing van de de-minimisverordening slechts als transparante steun beschouwd als het instrument voorziet in een maximum dat garandeert dat het voornoemde plafond niet wordt overschreden (art. 4 lid 7 van de de-minimisregeling).

27 HvJ EU 27 juni 2017, C-74/16 (*Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania/Ayuntamiento de Getafe*), ECLI:EU:C:2017:496, r.o. 79.

28 HvJ EU 14 januari 2015, C-518/13 (*Eventech Ltd/Parking Adjuciator*), ECLI:EU:C:2015:9, r.o. 68.

29 Verordening (EU) Nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun, *PbEU* 2013, L 352/1.

24 Mededeling 2016, p. 8/9, nr. 34.

25 Idem, p. 8, nr. 33.

26 Idem, p. 9, nr. 37.



Met inachtneming van deze voorwaarden biedt het kader van de de-minimisverordening in beginsel redelijk wat ruimte om lokale leegstandsinitiatieven te stimuleren, zonder dat sprake hoeft te zijn van aanmeldingsplichtige staatssteun. Denk bijv. aan een stimuleringsbijdrage in de vorm van een subsidie, welke in ieder geval als transparante steun zal worden beschouwd. Om in de casus van de gemeente Innovoort beoogde stimuleringsmaatregelen, zoals het om niet ter beschikking stellen van grond of een pand onder het bereik van de de-minimisverordening te kunnen brengen, zal in de te treffen regeling of afspraken moeten worden voorzien in een maximum dat garandeert dat het voornoemde plafond van € 200 000,- per onderneming over een periode van drie belastingjaren niet wordt overschreden. Dat geldt ook voor andersoortige maatregelen die als zodanig niet expliciet als transparante steun worden aangemerkt in de de-minimisverordening. Denk daarbij bijv. aan het hulp aanbieden bij de aanvraag van vergunningen of het uitvoeren van beheer en onderhoud van de locaties.

Aan de voorwaarde van potentiële ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten zal, los van het voornoemde kader van de de-minimisverordening, volgens de Commissie niet zijn voldaan, als een maatregel 'een zuiver lokaal karakter heeft'.<sup>30</sup> Het valt, gelet op voornoemde rechtspraak en de casuïstische benadering die de Commissie hierbij hanteert, echter moeilijk in algemene zin aan te geven of en wanneer in een situatie als die in de casus van de fictieve gemeente Innovoort sprake zal zijn van stimuleringsmaatregelen met een zuiver lokaal karakter. De Commissie heeft in haar Mededeling over het begrip staatssteun uit 2016 wel een drietal nadere criteria genoemd, aan de hand waarvan zij in een aantal eerdere besluiten tot het oordeel was gekomen dat sprake was van maatregelen met een zuiver lokaal karakter. Deze criteria luiden als volgt<sup>31</sup>:

- Levert de begunstigde goederen of diensten aan een beperkt gebied binnen een lidstaat?
- Is er weinig kans dat deze begunstigde klanten uit andere lidstaten zal aantrekken?
- Valt niet te voorzien dat de maatregel meer dan een marginaal effect zal hebben op de voorwaarden voor grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging?

Als één van de voorbeelden van situaties waarin zij in eerdere besluiten aannam dat geen sprake was van potentiële beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten, noemt de Commissie in haar Mededeling: "culturele evenementen en entiteiten die economische activiteiten verrichten, waarbij het weinig waarschijnlijk is dat deze gebruikers of bezoekers van een vergelijkbaar aanbod in andere lidstaten zullen aantrekken" (zie Mededeling 2016, p. 43, nr. 197). In het verlengde daarvan heeft de Commissie zich op het volgende, meer algemene standpunt gesteld:

"De Commissie is van mening dat alleen financiering voor grote en gerenommeerde culturele instellingen en evenementen in een lidstaat waarvoor buiten de thuisregio ervan breed promotie wordt gevoerd, het potentieel heeft om het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig te beïnvloeden."<sup>32</sup>

Met de kanttekening dat de benadering van de Commissie nog niet in rechte is getoetst door de Europese rechters, lijkt uitgaande daarvan te kunnen worden geconcludeerd dat er staatssteunrechtelijk in ieder geval ruimte is (zonder dat dus sprake zal zijn van staatssteun) om gemeentelijk vastgoed in te zetten ter stimulering van kleinere, vooral lokale culturele activiteiten, waarvoor buiten de thuisregio niet breed promotie wordt gemaakt. In zulke gevallen kan worden aangenomen dat geen sprake is van mogelijke ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten, voor zover al sprake is van economische activiteiten (zie hiervoor onder 2.2.2). Voor activiteiten die niet evident als cultureel kunnen worden aangemerkt en waarbij dus twijfel zou kunnen bestaan omtrent de vraag of mogelijk sprake is van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten, is het raadzaam alvorens de desbetreffende maatregelen te nemen, op basis van (cijfermatig) bewijs aannemelijk te maken dat voldaan wordt aan alle drie voornoemde criteria van de Commissie. In de praktijk blijft dit zoals gezegd maatwerk en zal het verdere verloop en de uitkomst vooral ook afhankelijk zijn van de opstelling van eventuele belanghebbende derden.<sup>33</sup>

#### 2.2.4 (Dreigende) vervalsing van de mededinging?

Aangenomen dat in een concrete situatie voldaan wordt aan de hiervoor besproken voorwaarden van art. 107 lid 1 VWEU, zal de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van leegstandsinitiatieven alleen als staatssteun kwalificeren als de desbetreffende maatregelen ook het risico inhouden dat de mededinging wordt vervalst. Aan die voorwaarde zal echter in de meeste gevallen snel voldaan zijn, gelet op de lichte toets die de Commissie hierbij op basis van vaste rechtspraak aanlegt in haar Mededeling uit 2016:

"In dat verband is het, wil steun geacht worden de mededinging te vervalsen, doorgaans voldoende dat steun de begunstigde ervan een voordeel verleent door de on-

<sup>32</sup> Mededeling 2016, p. 43, nr. 197.

<sup>33</sup> Zie voor een recent voorbeeld van de toetsing aan de door de Commissie gehanteerde criteria op basis van het over en weer aangedragen bewijs het Besluit van de Commissie d.d. 4 mei 2018, C(2018) 2615 final m.b.t. vermeende steun in verband met de privatisering van "Jachthaven Scharendijke" op Schouwen-Duiveland (Steunmaatregel SA.34815 (2017/nn) (ex 2012/CP) – Nederland). De Commissie kwam in deze zaak tot de conclusie dat de jachthaven in elk geval al booteigenaren van buiten de landsgrenzen aantrekt. Daarom concludeerde zij dat het verzorgingsgebied van de mogelijke begunstigde niet beperkt blijkt tot het lokale niveau. Er kon dus volgens de Commissie niet met zekerheid worden uitgesloten dat sprake is van een effect op de handel, e.e.a. ondanks het feit dat de bestreden maatregelen in deze zaak volgens haar geen significante gevolgen voor de internationale aanwezigheid van jachthavens hebben, noch voor de voorwaarden van grensoverschrijdende investeringen of grensoverschrijdende vestiging op deze markt.

<sup>30</sup> Mededeling 2016, p. 42, nr. 196. Zie J.P.M. van Beers, 'Lokale steunmaatregelen: ongeoorloofde staatssteun?', *Gst.* 2017/31.

<sup>31</sup> Idem.

derneeming te bevrijden van de kosten die zij normaliter in het kader van haar lopend beheer of van haar normale activiteiten had moeten dragen.<sup>34</sup>

Voor zover van beoogde maatregelen in een situatie als in de casus van de gemeente Innovoort moet worden aangenomen dat zij kunnen leiden tot selectieve begunstiging van één of meerdere ondernemingen, kan dus worden aangenomen dat ook aan de vierde voorwaarde van art. 107 lid 1 VWEU zal zijn voldaan.

#### *Deelconclusie staatssteun: wat kan wel, wat kan niet?*

Op basis van het voorgaande valt op hoofdlijnen te concluderen dat de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven *geen staatssteun* zal opleveren als sprake is van:

- marktconforme stimulering van economische activiteiten, dat wil zeggen als maatregelen worden genomen op marktconforme voorwaarden, waarbij de gemeente zich opstelt als een marktdeelnemer in een markteconomie;
- al dan niet-marktconforme stimulering van culturele activiteiten die kosteloos (een kleine bijdrage niet uitgesloten) toegankelijk zijn voor het brede publiek of van anderszins niet-economische activiteiten; in dit geval gelden (staatssteunrechtelijk beschouwd) geen beperkingen (let wel: een entiteit wordt al snel als onderneming aangemerkt; in dit geval moet men ook bedacht zijn op mogelijke indirecte begunstiging van betrokken ondernemers);
- niet-marktconforme stimulering van economische activiteiten, maar er kan worden voldaan aan de voorwaarden uit de de-minimisverordening of mits aantoonbaar sprake is van louter lokale maatregelen; voor zover het culturele activiteiten betreft kan het louter lokale karakter volgens de Commissie worden aangenomen zolang geen sprake is van grote en gerenommeerde culturele instellingen en evenementen waarvoor buiten de thuisregio ervan breed promotie wordt gevoerd.

De inzet van gemeentelijk vastgoed zal vermoedelijk *wel staatssteun* opleveren als sprake is van:

- Niet-marktconforme stimulering van economische activiteiten en daarbij niet kan worden voldaan aan de voorwaarden van de de-minimisverordening, noch aantoonbaar sprake is van een louter lokaal effect. Dat laatste kan volgens de Commissie in ieder geval niet worden aangenomen als het gaat om stimulering van grotere culturele initiatieven, waarvoor buiten de regio promotie wordt gemaakt.

### 2.3 Verlening van verenigbare staatssteun zonder voorafgaande aanmelding

#### 2.3.1 Artikel 53 Algemene Groepsvrijstellingsverordening

Ervan uitgaande dat verlening van staatssteun bij de stimulering van leegstandsinitiatieven in een gemeente als In-

novoort niet in alle gevallen kan worden uitgesloten, rijst in de praktijk de vervolgvraag of en onder welke voorwaarden dergelijke staatssteun toch rechtsgeldig kan worden verleend, zonder dat het voornemen daartoe eerst ter goedkeuring aan de Europese Commissie moet worden voorgelegd. Het meest aangewezen kader voor de beantwoording van die vraag is de Algemene Groepsvrijstellingsverordening<sup>35</sup> waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag met de interne markt verenigbaar worden verklaard. Indien gebruik kan worden gemaakt van één van de in die verordening genoemde vrijstellingsregelingen, kan de staatssteun immers verleend worden zonder dat daarvoor eerst de goedkeuring van de Commissie hoeft te worden gevraagd. Een kennisgeving achteraf volstaat in dat geval. Uiteraard behoudens de mogelijkheid om voorgenomen staatssteun zekerheidshalve preventief ter toetsing aan de Commissie voor te leggen.

Wij beperken ons in deze bijdrage tot een verkenning van de mogelijkheden op basis van de vrijstellingsregeling voor steun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed (art. 53 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening), omdat in het bijzonder die regeling ruimte lijkt te geven voor gewenste stimulering van leegstandsinitiatieven in een situatie als die waarin een gemeente zoals Innovoort zich geplaatst ziet. Dit mede gelet op het door Innovoort geformuleerde doel van de beoogde stimuleringsmaatregelen, namelijk de levendigheid van een bepaald gebied in het centrum te vergroten en de gemeente meer en beter op de kaart te zetten. Dat laat onverlet dat, afhankelijk van de concrete omstandigheden in een bepaalde situatie en de aard van de voorgenomen stimuleringsmaatregelen, mogelijk (ook) andere vrijstellingsregelingen uit de verordening in aanmerking zouden kunnen komen (bijv. gericht op facilitering van de verdere ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen in een gemeente).

#### 2.3.2 Bijzondere voorwaarden voor verenigbare staatssteun voor cultuur

De vrijstellingsregeling in art. 53 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening biedt de mogelijkheid om, met inachtneming van de in dat artikel genoemde voorwaarden (zoals hieronder verder te bespreken) en de overigens nog in hoofdstuk 1 van de verordening bepaalde algemene voorwaarden (zie verder hierna 2.3.3), met de interne markt verenigbare steun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed te verlenen, zonder dat die steun hoeft te worden aangemeld bij de Commissie.

In lid 2 van het artikel worden eerst de culturele doelstellingen en activiteiten genoemd ten behoeve waarvan steun op grond van deze regeling kan worden toegekend. Daarbij is, anders dan in de in par. 2.2.2 besproken Mededeling van de Commissie, gekozen voor een limitatieve opsomming van doelstellingen en activiteiten. De opsomming in de veror-

<sup>34</sup> Mededeling 2016, p. 41, nr. 189.

<sup>35</sup> Verordening (EU) Nr. 651/2014 van de Commissie van 17 juni 2014, zoals laatst gewijzigd bij Verordening (EU) 2017/1084 van de Commissie van 14 juni 2017, *PbEU* 2017, L 156/1. Zie hierover eerder al B. Hessel en M. Vidal, 'De nieuwe Algemene groepsvrijstellingsverordening voor staatssteun (deel I) en (deel II)', *Gst.* 2014/99 resp. *Gst.* 2014/106.

dening is ten opzichte van de opsomming in de Mededeling echter wel uitgebreider. Onze inschatting is dat op basis daarvan vermoedelijk veel creatieve leegstandsinitiatieven in een gemeente als Innovoort onder de vrijstellingsregeling van art. 53 geschaard zullen kunnen worden. Wij noemen in het kader van deze bijdrage in het bijzonder (maar niet limitatief) de volgende culturele activiteiten waaraan gelet op art. 53 lid 2 sub a en d van de verordening dus zonder aanmelding bij de Commissie in beginsel staatssteun mag worden verleend: musea, archieven, bibliotheken, kunstencentra en cultuurcentra of artistieke of culturele locaties, theaters, bioscopen, operahuizen, concerthallen, andere live-performanceorganisaties, cinematografische erfgoedinstellingen, en andere vergelijkbare artistieke en culturele infrastructuurvoorzieningen, organisaties en instellingen, kunst- of culturele evenementen en performances, festivals, tentoonstellingen en andere vergelijkbare culturele activiteiten.

In 2016 heeft de Commissie nadere uitleg gegeven over de toepassing van deze vrijstellingsregeling in het online document 'General Block Exemption Regulation (GBER) Frequently Asked Questions'<sup>36</sup>. Daarin overweegt de Commissie onder meer:

"The formal recognition as cultural or natural heritage by the competent public authorities constitutes a condition for granting aid under Article 53(2)(c). The GBER does not define such recognition procedure as this does not fall within the remit of the European institutions. Therefore, it is for the concerned Member State to decide which projects or activities can be declared as cultural or natural heritage. As soon as that project or activity is formally recognized as cultural or natural heritage by a competent public authority of this Member State, the condition for application of Article 53 would be deemed to be fulfilled."

Uit deze toelichting blijkt dat de Commissie er kennelijk van uitgaat dat art. 53 van de Algemene Groepsvrijstelling zo moet worden gelezen dat bepaalde projecten en activiteiten door de bevoegde autoriteiten in een lidstaat eerst formeel moeten worden aangewezen als zijnde cultureel of erfgoed vóórdat op basis van de vrijstellingsregeling van art. 53 steun kan worden verleend voor die projecten of activiteiten. De Commissie laat het aan de lidstaten over om nader te bepalen hoe een dergelijke erkennings- of aanwijzingsprocedure eruit zou moeten zien. Wij kunnen ons voorstellen dat een dergelijke aanwijzing bijvoorbeeld plaatsvindt in de gemeentelijke subsidieverordening of bij raadsbesluit, op vergelijkbare wijze als waarop de aanwijzing van economische activiteiten in het algemeen belang plaatsvindt in het kader van de hierna te bespreken Wet Markt en Overheid. Uit de toelichting van de Commissie blijkt overigens dat een gemeente een redelijke mate van vrijheid toe-

komt om te bepalen welk pop-up project of welke activiteit als cultureel wordt aangemerkt.

In artikel 53 lid 3 zijn de verschillende vormen genoemd waarin de steun kan worden verleend. Het betreft zowel investeringssteun, met inbegrip van steun voor de bouw of modernisering van cultuurvoorzieningen als exploitatiesteun. Vervolgens zijn in lid 4 en 5 van het artikel de in aanmerking komende kosten voor investeringssteun, respectievelijk exploitatiesteun beschreven. Tezamen gelezen bieden deze bepalingen ons inziens ruimte om verschillende soorten kosten gemoeid met staatssteun voor culturele doelstellingen en activiteiten hier onder te scharen. Voor zover het de stimulering met inzet van gemeentelijk vastgoed betreft, wijzen wij in het bijzonder op de mogelijkheid om ook exploitatiekosten op te voeren die rechtstreeks verband houden met het culturele project of de culturele activiteit, zoals het huren of leasen van vastgoed en culturele locaties (art. 53 lid 5 sub d).

In de overige leden van het artikel worden vervolgens nog enkele begrenzings- en nadere eisen gesteld aan het te verlenen steunbedrag. Het zonder meer geheel om niet ter beschikking stellen van grond of een pand lijkt, gelet op die bepalingen, niet mogelijk. Verder lezen wij in die overige leden van art. 53 echter geen wezenlijke belemmeringen om met inzet van gemeentelijk vastgoed creatieve leegstandsinitiatieven te stimuleren.

### 2.3.3 Algemene voorwaarden voor verenigbare staatssteun voor cultuur

Om voor vrijstelling van de aanmeldingsverplichting in aanmerking te kunnen komen, zal echter niet alleen aan de bijzondere voorwaarden (zoals hiervoor besproken) moeten zijn voldaan, maar ook aan alle algemene voorwaarden uit de Algemene Groepsvrijstellingsverordening. Het belang van de naleving van alle in de verordening gestelde voorwaarden is recent nog eens onderstreept door het Hof van Justitie in het *Eesti Pagar* arrest.<sup>37</sup> Als achteraf wordt vastgesteld dat met toepassing van deze verordening verleende steun niet voldoet aan de voorwaarden uit de verordening, is de betrokken overheid verplicht om de onrechtmatig verleende steun op eigen initiatief van de steunontvanger terug te vorderen, met inbegrip van rente. Zonder in deze bijdrage een volledige bespreking van die algemene voorwaarden na te streven, is het in ieder geval van belang rekening te houden met de volgende vereisten.

Ten aanzien van steun voor cultuur en instandhouding van het erfgoed worden in art. 4 lid 1 punt z van de verordening de volgende aanmeldingsdrempels gehanteerd (waarbij geldt dat steun boven die drempels in ieder geval moet worden aangemeld): voor investeringssteun 150 miljoen EUR per project; voor exploitatiesteun 75 miljoen EUR per onderneming per jaar. Onze inschatting is dat gemeenten, zoals Innovoort, in de meeste gevallen met hun maatregelen ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven wel (ruim) onder deze drempels zullen blijven. Tegelijkertijd, het bedrag lijkt zeer hoog, maar als gedacht wordt aan het

<sup>36</sup> Te raadplegen via de volgende link: [https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/practical\\_guide\\_gber\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/practical_guide_gber_en.pdf).

<sup>37</sup> HvJ EU 5 maart 2019, C-349/17 (*Eesti Pagar*), ECLI:EU:C:2019:172.

benoemen van een stad als culturele hoofdstad of het organiseren en stimuleren van bijv. een grote (wereld)tentoonstelling of iets als een Floriade gaan de bedragen uiteraard wel snel in deze richting.

Verder merken wij op dat de Algemene Groepsvrijstellingsverordening in algemene zin alleen van toepassing is op steun waarvan het bruto-subsidie-equivalent vooraf precies kan worden berekend zonder dat een risicoanalyse behoeft te worden uitgevoerd ("transparante steun") (art. 5 lid 1). Van transparante steun in de zin van de verordening is in ieder geval sprake bij het verlenen van een investeringsbijdrage (een subsidie). Gelet op de gewenste stimulering in de gemeente Innovoort door middel van inzet van gemeentelijk vastgoed, is van belang dat met de laatste wijziging van de vrijstellingsverordening in 2017 in art. 5 lid 2 punt k tevens als transparante steun is aangemerkt:

"steun in de vorm van de verkoop of de verhuring/leasing van materiële activa onder het markttarief wanneer de waarde is vastgesteld door een taxatie van een onafhankelijke deskundige vóór de transactie of aan de hand van een publiek beschikbare, regelmatig bijgewerkte en algemeen aanvaarde benchmark."

Onder materiële activa worden in art. 2 punt 29 van de verordening verstaan:

"activa bestaande uit gronden, gebouwen en installaties, machines en uitrusting;"

Naast het verstrekken van een stimuleringsbijdrage, kan dus ook het door de gemeente Innovoort voorgenomen in gebruik geven van de grond en/of het ter beschikking stellen van het pand om niet als transparante steun worden beschouwd in het kader van de vrijstellingsverordening, mits de waarde van de grond en/of het pand vooraf wordt vastgesteld aan de hand van één van de voornoemde methoden en ook overigens aan de voorwaarden van de verordening wordt voldaan. Voor overige hiervoor genoemde voorbeelden van stimuleringsmaatregelen (zoals het hulp aanbieden bij de aanvraag van vergunningen, het uitvoeren van beheer en onderhoud van de locaties enz.) geldt, anders dan wat hiervoor is gesteld voor toepassing van de de-minimisverordening, dat die maatregelen voor toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening *niet* als transparante steun zullen worden aangemerkt. In de Algemene Groepsvrijstellingsverordening ontbreekt namelijk een vergelijkbare bepaling voor overige steunvormen, zoals die is opgenomen in het hiervoor reeds besproken art. 4 lid 7 van de de-minimisverordening. Dat laat onverlet dat die overige maatregelen mogelijk wel als de-minimissteun gecumuleerd kunnen worden met op basis van de vrijstellingsverordening vrijgestelde steunmaatregelen (zie hierover in het bijzonder art. 8 lid 5 van de verordening). Daarbij moet wel worden aangetekend dat dan nog wel gezien moet worden hoe die de-minimismaatregelen zich verhouden tot de Wet Markt en Overheid (zie verder de bespreking in de hiernavolgende paragraaf 3).

*Deelconclusie verenigbare staatssteun: wat kan wel, wat kan niet?*

Op basis van het voorgaande valt te concluderen dat de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven evenals het verstrekken van een stimuleringsbijdrage verenigbare staatssteun zal opleveren als deze steun wordt ingezet voor in de gemeente aangewezen culturele projecten of activiteiten en overigens wordt voldaan aan de bijzondere voorwaarden van art. 53 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening en de verder in de verordening nog gestelde algemene voorwaarden. Andere stimuleringsmaatregelen die als staatssteun kwalificeren, maar getoetst aan deze verordening geen transparante steunmaatregelen zijn, kunnen niet zonder voorafgaande aanmelding bij de Commissie als verenigbare steun worden aangemerkt.

Voor zover pop-up initiatieven (naar het oordeel van de gemeente) op grond van voormelde vrijstellingsregeling kunnen worden gestimuleerd, hoeft geen rekening meer te worden gehouden met de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid. De aanname is dan immers dat sprake is van verenigbare staatssteun, in welk geval de Wet Markt en Overheid niet van toepassing is.<sup>38</sup> Voor zover het echter gaat om andere pop-up initiatieven geldt echter het onderstaande.

### 3. Inzet van gemeentelijk vastgoed gezien vanuit de Wet Markt en Overheid: wat kan wel, wat kan niet?

#### 3.1 Algemeen

Wanneer geen sprake is van staatssteun, kan men zich nog niet in veilige haven wanen. Het ter beschikking van gemeentelijk vastgoed om niet of anderszins op gunstige condities aan een groep plaatselijke ondernemers of andere initiatiefnemers, zal zich hoogstwaarschijnlijk niet verdragen met de Wet Markt en Overheid. In ieder geval zal dit gelet op de strekking van die Wet veel discussie oproepen bij ondernemers in de gemeente en mogelijk ook in de bredere omgeving. Ter nadere toelichting hiervan bespreken wij hierna eerst (3.2) op hoofdlijnen waarom en hoe bij de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van creatieve leegstandsinitiatieven rekening zal moeten worden gehouden met de Wet Markt en Overheid. Daarna (3.3) volgt een bespreking van de in deze wet opgenomen uitzonderingsgrond van een algemeenbelangbesluit van de gemeenteraad. Daarbij betrekken wij uiteraard ook de meest recente ontwikkelingen omtrent deze wettelijke escape-mogelijkheid.

#### 3.2 De toepasselijkheid van de Wet Markt en Overheid: integrale kostenberekening en bevoordelingsverbod

De Wet Markt en Overheid, dat wil zeggen hoofdstuk 4b Mededingingswet, bevat gedragsregels waaraan, kort gezegd, bestuursorganen zich moeten houden als zij zelf, of via hun

<sup>38</sup> Zie art. 25h lid 4 Mededingingswet.



overheidsbedrijven, economische activiteiten uitoefenen, lees: goederen of diensten op de markt aanbieden (zie CBB 4 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204, r.o. 4.3 en 4.4). Deze gedragsregels gelden in ieder geval ook voor bestuursorganen van gemeenten. Doel van deze gedragsregels is concurrentievervalsing tegen te gaan en zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen te creëren tussen overheden en bedrijven.<sup>39</sup> Bezien in het kader van deze bijdrage, zal het ter beschikking stellen of verhuren van een gemeentelijk pand of een plein zoals in de gemeente Innovoort, in ieder geval als aanbieden van goederen en diensten op een markt worden beschouwd. Op de indicatieve lijst met voorbeelden van economische activiteiten van de Autoriteit Consument en Markt wordt voor gemeenten uitdrukkelijk ook genoemd het verkopen en/of verhuren van vastgoed of grond, waaronder vervolgens in het bijzonder worden genoemd het verhuren van overheidsgebouwen aan derden, het verhuren van vergaderzalen in overheidsgebouwen aan derden en het tijdelijk verhuren/verpachten van gronden op basis van privaatrechtelijke overeenkomsten.<sup>40</sup> Ook valt te wijzen op een besluit van de Autoriteit Consument en Markt d.d. 11 januari 2016, waarin het beheren en exploiteren van accommodaties als economische activiteit is aangemerkt.<sup>41</sup> Vermoedelijk zal ook een activiteit als facilitaire dienstverlening vanuit de gemeente bij evenementen als economische activiteit worden aangemerkt. In het in de inleiding genoemde onderzoek uit 2016 is de Wet Markt en Overheid expliciet genoemd als juridisch kader dat gemeenten zou belemmeren om een voorrangspositie te geven aan maatschappelijke initiatiefnemers.

#### *Integrale kostendoorberekening*

Aangenomen dat naar het oordeel van het bestuursorgaan geen sprake is van staatssteun (en dus de uitzondering van art. 25h lid 4 Mw<sup>42</sup> niet van toepassing is), geldt bij het uitoefenen van economische activiteiten voor het betrokken bestuursorgaan op grond van art. 25i Mw de verplichting om de afnemers van een product of dienst ten minste de integrale kosten van dat product of die dienst in rekening te brengen.<sup>43</sup> Vertaald naar de problematiek waarover deze bijdrage gaat, betekent dat concreet dat de gemeente Innovoort aan degenen aan wie zij ter stimulering van leegstandsinitiatieven bijvoorbeeld haar leegstaande pand tijdelijk ter beschikking wil stellen, de integrale kosten zal moeten doorberekenen. Met andere woorden, gezien vanuit het kader van de Wet Markt en Overheid, behoudens de hierna nog te bespreken algemeen belang uitzondering, ligt hier de grens tot waar gemeenten initiatiefnemers te-

gemoet kunnen komen. Het staat de gemeente overigens wel vrij om desgewenst een hogere prijs te vragen dan de integrale kosten.

In het Besluit Markt en Overheid zijn nadere bepalingen opgenomen over de integrale kostendoorberekening.<sup>44</sup> Inhoudelijk stellen die bepalingen randvoorwaarden aan de wijze waarop een overheid kosten berekent en toerekent. Overheden kunnen zelf bepalen hoe, met welke bedrijfseconomische principes, de integrale kosten worden bepaald.<sup>45</sup> Op basis van art. 3 van het Besluit Markt en Overheid geldt dat de doorberekening van de integrale kosten van goederen of diensten, bedoeld in artikel 25i, eerste lid, van de wet, op grond van consequent toegepaste en objectief te rechtvaardigen bedrijfseconomische principes dient te gebeuren, met dien verstande dat de kosten worden berekend met toepassing van een stelsel van baten en lasten. In de Handreiking Wet Markt en Overheid wordt hierover opgemerkt:

“Uiteindelijk is bepalend of de aan afnemers gevraagde prijs ten minste de integrale kosten omvat. Desgevraagd moet een overheid kunnen aantonen dat de kosten integraal zijn doorberekend. De bewijslast dat de integrale kosten zijn doorberekend, ligt bij de desbetreffende overheid. Het is aan de overheid de berekening van de integrale kosten zodanig in te richten dat zij dit kan aantonen.”<sup>46</sup>

Voor de inzet van gemeentelijk vastgoed ter stimulering van lokale leefbaarheidsinitiatieven is in het bijzonder van belang dat de afschrijvings- en onderhoudskosten op grond van art. 5 van het Besluit Markt en Overheid in ieder geval moeten worden doorberekend.

Nadat is bepaald welke kosten gemoeid zijn met het leveren van de desbetreffende goederen of diensten, zal moeten worden bepaald in hoeverre die kosten aan het gebruik van het goed of de dienst kunnen worden toegerekend. Op grond van art. 8 van het Besluit Markt en Overheid gebeurt die toerekening naar rato van het gebruik van de productiemiddelen, ongeacht of het om directe of indirecte kosten gaat. Dat laat onverlet dat er in de praktijk bij kleine kostencomponenten voor gekozen zou kunnen worden de kosten van een productiemiddel volledig aan het gebruik van het goed of de dienst toe te rekenen. Voor deze methode kan worden gekozen om de uitvoeringskosten te beperken en dat zal met name het geval zijn als het bepalen van de mate waarin een productiemiddel wordt aangewend voor de activiteit bewerkelijk is.<sup>47</sup> Voor wat betreft de doorberekening geldt uiteindelijk als toetsingsmaatstaf:

“Alle kosten die worden toegerekend aan goederen of diensten, of aan categorieën van soortgelijke goederen en diensten, moeten uiteindelijk volledig in rekening worden gebracht aan de afnemers van deze goederen of

39 Zie Handreiking Wet Markt en Overheid, Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, d.d. 1 juli 2012, p. 4 (hierna: Handreiking 2012).

40 De lijst met voorbeelden van economische activiteiten is te downloaden via de volgende link: [www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid](http://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12647/Voorbeelden-economische-activiteiten-markt-en-overheid).

41 Besluit 15.1049.29.1.01 d.d. 11 januari 2016.

42 Art. 25h lid 4 Mw bepaalt: “Dit hoofdstuk is niet van toepassing indien het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag.”

43 Wij laten de andere gedragsregels van de Wet Markt en Overheid, vanwege het beperkte belang voor de onderhavige materie, hier verder onbesproken.

44 Zie eerder in dit blad E.A. van Kuilen & D. van Tilborg, ‘Besluit Markt en Overheid’, *Gst.* 2013/3.

45 Handreiking 2012, p. 31.

46 Handreiking 2012, p. 31.

47 Zie de nota van toelichting bij het Besluit Wet Markt en Overheid, *Stb.* 2012 255, p. 11 en ook de Handreiking 2012, p. 34.

diensten. Dat betekent dat de totale toegerekende kosten moeten worden gedekt door de inkomsten uit de levering van de goederen of het verlenen van de diensten.”<sup>48</sup>

Wat de hoogte van de door te berekenen kosten in een concreet geval zal zijn, valt in zijn algemeenheid niet te zeggen. Wel kan ons inziens uit het voorgaande in algemene zin worden geconcludeerd dat het om niet ter beschikking stellen van gemeentelijk vastgoed vrijwel zeker op gespannen voet zal staan met de gedragsregel van integrale kosten-doorberekening uit de Wet Markt en Overheid.

#### Bevoordelingsverbod

Als het beheer en de exploitatie van het gemeentelijk vastgoed op afstand is geplaatst en wordt uitgevoerd door een aparte privaatrechtelijke rechtspersoon, bijvoorbeeld een gemeentelijk vastgoedbedrijf (wat met het oog op een verdere professionalisering van de vastgoedportefeuille vooral in grotere gemeentes de trend is), is de gedragsregel van art. 25i Mw op die rechtspersoon niet van toepassing. Deze situatie deed zich voor in de zaak die ter beoordeling van ACM voorlag naar aanleiding van een verzoek tot handhaving van een dansschool, die die stelde oneerlijke concurrentie te ondervinden van de verhuur van een gebouw door een gemeente aan een andere dansschool zonder dat daarbij de integrale kosten zouden worden doorberekend. Omdat ACM was gebleken dat het gebouw niet door de gemeente zelf, maar door een stichting werd verhuurd, zag ACM zich voor de vraag gesteld of de gedragsregel van art. 25i Mw in het onderhavige geval wel van toepassing was. Deze stichting had als doel de gemeentelijke accommodaties van de gemeente te beheren en te exploiteren. ACM oordeelde dat de verplichting tot integrale kostendoorberekening in beginsel rust op bestuursorganen die economische activiteiten verrichten. De stichting was volgens ACM geen bestuursorgaan, maar een overheidsbedrijf. De stichting was volgens ACM op grond van de Mededingingswet dan ook niet verplicht de integrale kosten van het beheer en de exploitatie van het gebouw door te berekenen.<sup>49</sup>

Daarmee is niet gezegd dat de Wet Markt en Overheid in een dergelijke situatie in het geheel geen rol speelt. In de relatie tussen de gemeente en de rechtspersoon die het vastgoed beheert en/of exploiteert kan nog wel het bevoordelingsverbod in de zin van art. 25j Mw van toepassing zijn, namelijk als die rechtspersoon, zoals door ACM in voornoemde casus werd aangenomen, kwalificeert als overheidsbedrijf in de zin van art. 25g Mw<sup>50</sup> en aangenomen dat de uitzon-

dering van art. 25h lid 4 Mw<sup>51</sup> ook in dat geval niet van toepassing is (met andere woorden als naar het oordeel van het bestuursorgaan geen sprake is van staatssteun).<sup>52</sup> Voor de onderhavige problematiek houdt het bevoordelingsverbod in dat een gemeentelijk overheidsbedrijf (bijv. het gemeentelijk grond- of vastgoedbedrijf<sup>53</sup>) door de bestuursorganen van de gemeente niet bevoordeeld wordt boven andere ondernemingen waarmee dat overheidsbedrijf in concurrentie treedt. Evenmin mogen aan dat overheidsbedrijf anderszins voordelen worden toegekend die verder gaan dan in het normale handelsverkeer gebruikelijk is. Uit de memorie van toelichting<sup>54</sup> bij art. 25j Mw blijkt dat het bevoordelingsverbod een ruimere strekking heeft dan het staatssteunverbod. In voornoemd besluit aangaande de dansschool is ACM overigens niet inhoudelijk ingegaan op de vraag of de gemeente de stichting in deze zin had bevoordeeld en daarmee art. 25j Mw had overtreden. In algemene zin valt te zeggen dat onder meer als bevoordeling wordt aangemerkt:

“het leveren van goederen aan, het verrichten van diensten voor en het ter beschikking stellen van middelen aan het overheidsbedrijf tegen een vergoeding die lager is dan de integrale kosten.”<sup>55</sup>

In art. 9 van het Besluit Markt en Overheid is verder nog bepaald:

“Als bevoordeling in de zin van artikel 25j, eerste lid, van de wet wordt aangemerkt de toekenning van een subsidie waarvoor ondernemingen die geen deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon en die geen overheidsbedrijf zijn, niet in aanmerking komen.”

### 3.3 Uitzondering algemeen belang?

De Wet Markt en Overheid is niet van toepassing op economische activiteiten en bevoordeling die plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt in het algemeen belang.<sup>56</sup> In gemeenten is het aan de raad om bij besluit vast te stellen of economische activiteiten of een bevoordeling in het algemeen belang plaatsvinden respectievelijk plaatsvindt.<sup>57</sup> Bij die vaststelling komt de raad een zeer ruime beoordelingsruimte toe.<sup>58</sup> Veel gemeenteraden hebben inmiddels een

48 Idem.

49 Besluit 15.1049.29.1.01 d.d. 11 januari 2016, nr. 26.

50 Art. 25g lid 1 luidt als volgt: “In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder overheidsbedrijf:

a. een onderneming met privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen; b. een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt.” In lid 2 is nader aangegeven wanneer een publiekrechtelijke rechtspersoon in staat is in een onderneming het beleid te bepalen in de zin van het eerste lid, onder a. Zie verder ook art. 2 Besluit Markt en Overheid.

51 Art. 25h lid 4 Mw bepaalt: “Dit hoofdstuk is niet van toepassing indien het economische activiteiten van een bestuursorgaan betreft ten aanzien waarvan een maatregel is getroffen die naar het oordeel van het bestuursorgaan kan worden aangemerkt als een steunmaatregel die voldoet aan de criteria van artikel 107, eerste lid, van het Verdrag.”

52 Zie eerder in dit blad al E.A. van Kuilen & D. van Tilborg, ‘De wet Markt en overheid: over de bevoordeling van overheidsbedrijven en de mogelijkheid om de gedragsregels niet te hoeven naleven’, Gst. 2011/70.

53 Het gemeentelijk grondbedrijf wordt in de Handreiking Markt en Overheid genoemd als één van de voorbeelden van een overheidsbedrijf. Zie Handreiking 2012, p. 28.

54 Kamerstukken II 2007/08, 31354, 3, p. 39-40.

55 Art. 25j lid 2 sub b Mw.

56 Art. 25h lid 5 Mw.

57 Art. 25h lid 6 Mw.

58 CBb 21 december 2016, ECLI:NL:CBb:2016:414, r.o. 5.3, onder verwijzing naar Kamerstukken II 2008/09, 31354, 32.

dergelijk algemeenbelangbesluit genomen.<sup>59</sup> Daarmee zijn tal van activiteiten aan het regime van de Wet Markt en Overheid onttrokken. Een zoekactie op internet leert dat veel van die algemeenbelangbesluiten met name ook betrekking hebben op vastgoed gerelateerde transacties ter stimulering van de leefbaarheid in de gemeente, zoals verhuur en/of exploitatie van gemeentelijk vastgoed, in het bijzonder voor zover het maatschappelijk vastgoed betreft, verhuur van leegstaande panden via anti-kraak, exploitatie van een gemeentelijk plein als evenemententerrein, exploitatie van weekmarkten, standplaatsen en kermissen en facilitaire dienstverlening bij evenementen.<sup>60</sup> De algemeen belang uitzondering voor verhuur van maatschappelijk vastgoed blijkt vaak te zijn ingegeven door de veronderstelling dat het in rekening brengen van de integrale kostprijs ertoe zal leiden dat dergelijke instanties hogere kosten krijgen en dan hun maatschappelijke, culturele en creatieve activiteiten niet of niet volledig meer kunnen uitvoeren vanwege beperkte financiële armslag.

Uitgaande van deze praktijk zou de gemeente Innovoort er ook voor kunnen kiezen om bijvoorbeeld de verhuur van haar leegstaande pand en/of het gebruik van het plein ervoor ter stimulering van leefbaarheidsinitiatieven in de gemeente op te nemen in een algemeenbelangbesluit. Die vaststelling dient dan echter wel zorgvuldig plaats te vinden en goed gemotiveerd te worden. Daarbij moet worden opgemerkt dat de laatste tijd via diverse kanalen wordt getracht die voorwaarden aan te scherpen om zo paal en perk te stellen aan een te ruimhartige toepassing van de algemeen belanguitzondering. De ACM blijkt in toenemende mate kritisch te zijn geworden op dergelijke besluiten omdat hiermee een uitholling dreigde van de Wet Markt en Overheid. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in 2016 verduidelijkt welke belangenafweging in dat kader dient plaats te vinden.<sup>61</sup>

“Bij de beslissing om gebruik te maken van de bevoegdheid om vast te stellen dat een economische activiteit plaatsvindt in het algemeen belang dient een afweging plaats te vinden tussen het belang dat met de vaststelling wordt nagestreefd en de belangen van eventuele derden – met name (reeds op de markt actieve) ondernemers – die door de vaststelling worden getroffen. Uit deze belangenafweging kan blijken dat de vaststelling enkel kan plaatsvinden indien daarbij tegelijkertijd

compensatie wordt aangeboden voor de vergoeding van schade die redelijkerwijs niet ten laste van de belanghebbende behoort te blijven.”

Het CbB heeft, in navolging van de lijn van Rechtbank Rotterdam in een reeks uitspraken,<sup>62</sup> duidelijk gemaakt dat het vanuit de te betrachten zorgvuldigheid aan de gemeenteraad is om ten behoeve van deze belangenafweging eerst voldoende kennis te vergaren (zo nodig door middel van onderzoek) over de te wegen belangen.<sup>63</sup> Zo is inmiddels duidelijk dat de raad er niet mee kan volstaan om slechts bij wijze van veronderstelling aan te nemen dat een bepaalde activiteit in het algemeen belang is. Als dit belang voldoende is aangetoond, zal vervolgens onderzocht moeten worden of het doorberekenen van de integrale kostprijs ertoe zou leiden dat de nagestreefde beleidsdoelen niet zouden worden bereikt, met andere woorden de mogelijke gevolgen van het opleggen van die berekening dienen te worden onderzocht.<sup>64</sup> Verder zullen ten behoeve van de belangenafweging ook de belangen van derde belanghebbenden, met name (potentiële) concurrenten, voldoende in kaart moeten worden gebracht. Uit de rechtbankuitspraken blijkt dat er niet te gemakkelijk van uit mag worden gegaan dat er geen concurrent binnen de gemeente is.<sup>65</sup>

Met de voornoemde uitspraak van het CbB van 21 december 2016 is vast komen te staan dat een algemeenbelangbesluit een concretiserend besluit van algemene strekking is waartegen bezwaar en beroep mogelijk is. Diverse uitspraken van Rechtbank Rotterdam laten zien dat het benutten van die mogelijkheden door derde belanghebbenden kans van slagen heeft, als de voorbereiding en motivering van het algemeen belang besluit te wensen overlaait. Gemeenten doen er daarom goed aan deze strengere eisen serieus te nemen bij de voorbereiding van een algemeenbelangbesluit. Naar verwachting zullen de eisen aan het algemeenbelangbesluit in de nabije toekomst ook door de wetgever worden aangescherpt.<sup>66</sup> In het voorstel waarover in 2017 een consultatie heeft plaatsgevonden, werd bovendien een evaluatiebepaling voorgesteld die zou gaan gelden voor bestaande (onherroepelijke) besluiten.<sup>67</sup> De strekking daarvan was dat bestaande algemeenbelangbesluiten iedere vijf jaar geëvalueerd zouden moeten worden. De definitieve voorstellen zijn op het moment van dit schrijven nog niet bekend. De Minister van Economische Zaken heeft de werkingsduur van de huidige Wet Markt en Overheid verlengd tot 1 juli 2021 (zie *Stb.* 2019, 58).

59 Ecorys en Bird & Bird, Evaluatie Wet Markt en Overheid 2012-2015, 2016, p. 5; Kamerbrief met beleidsreactie evaluatie Wet markt en overheid, Minister van Economische Zaken d.d. 3 juni 2016, 34487-1.

60 Wat precies onder maatschappelijk vastgoed moet worden verstaan, blijkt niet altijd uit de gevonden algemeenbelangbesluiten, maar duidelijk is wel dat daarmee in algemene zin wordt bedoeld op accommodaties voor maatschappelijke, culturele en creatieve instellingen. Vgl. de door Smits gehanteerde definitie van maatschappelijk vastgoed: “Onder maatschappelijk vastgoed wordt verstaan alle gebouwen die gebruikt worden door de instanties in het onderwijs, de zorg, welzijn, kinderopvang, cultuur, sport en overige maatschappelijke instanties zoals politie, brandweer en gemeentehuizen.” Zie P. Smits, *Gemeentelijk Vastgoed Management*, SPRYG Real Estate Academy 2016, p. 16.

61 CbB 21 december 2016, ECLI:NL:CBB:2016:414, r.o. 5.3, AB 2017/431, m.nt. P.C. Adriaanse & A.H.A. Mohammad.

62 Zie meer uitgebreid P.C. Adriaanse & A.H.A. Mohammad in AB 2017/432, annotatie bij Rb. Rotterdam 31 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6538. Zie ook Rb. Rotterdam 26 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:631, *Gst.* 2017/93, m.nt. D. van Tilborg.

63 CbB 18 december 2018, ECLI:NL:CBB:2018:660 en ECLI:NL:CBB:2018:661, AB 2019/193 en AB 2019/194, m.nt. A. Outhuijse.

64 Rb. Rotterdam 28 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5147, r.o. 6.4 en 6.5.

65 ECLI:NL:RBROT:2017:8253.

66 Zie hierover expliciet ook het regeerakkoord 2017-2021 ‘Vertrouwen in de toekomst’.

67 Zie [www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid](http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingmarktenoverheid).

*Deelconclusie Wet Markt en Overheid: wat kan wel, wat kan niet?*

Een gemeente, zoals Innovoort, die haar vastgoed wil inzetten ter stimulering van leefbaarheidsinitiatieven in de gemeente, zal daarbij op grond van de Wet Markt en Overheid minimaal de integrale kosten in rekening moeten brengen aan de initiatiefnemers. Verloopt het beheer en/of de exploitatie via een gemeentelijk vastgoedbedrijf, dan mag de gemeente dat bedrijf op grond van de Wet Markt en Overheid niet bevoordelen ten opzichte van concurrerende ondernemingen. Aan de toepasselijkheid van de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid kan alleen worden 'ontkomen' met een door de raad genomen algemeenbelangbesluit. Wil dat besluit de rechterlijke toets kunnen doorstaan, dan moet dat besluit op basis van deugdelijk onderzoek zorgvuldig worden voorbereid en moeten de betrokken belangen ook zorgvuldig zijn gewogen. Onze inschatting is dan dat, wanneer het om bijv. pop-up initiatieven van reguliere, louter commerciële ondernemers gaat, een uitzondering op voornoemde gedragsregels niet gerechtvaardigd zal zijn. Om die reden lijkt ons dat in casu de doorberekening van de integrale kosten onder verwijzing naar het algemeenbelangbesluit van de gemeente alleen dan verantwoord achterwege kan worden gelaten als sprake is van non-profit initiatieven.

#### 4. Conclusies

Vanuit het staatssteunrecht gezien is het zo dat maatregelen zoals voorgesteld in de gemeente Innovoort tot staatssteun kunnen leiden indien deze ten goede komen aan één of meerdere ondernemingen. Het maakt voor de staatssteuntoets in beginsel niet uit of het om profit dan wel non-profit initiatieven gaat. Van staatssteun zal echter geen sprake zijn als het culturele initiatieven betreft die op niet-commerciële wijze worden georganiseerd en voldaan wordt aan de door de Commissie geformuleerde voorwaarden in de Mededeling betreffende het begrip staatssteun, dan wel deze maatregelen worden getroffen met inachtneming van de voorwaarden van de de-minimisverordening. Als staatssteun kan worden uitgesloten, dient nog wel rekening te worden gehouden met de Wet Markt en Overheid.

Gaat het echter om culturele initiatieven die overwegend worden bekostigd met bezoekers- of gebruikersvergoedingen of met andere commerciële middelen, dan is er een staatssteunrisico. Art. 53 van de Algemene Groepsvrijstellingsverordening van de Commissie biedt in dat geval een regeling om die staatssteun (denk aan een stimuleringsbijdrage en het laten gebruiken van grond of een pand 'om niet' of onder de marktprijs) onder bepaalde voorwaarden toch 'verenigbaar' te kunnen verstrekken. Uit de toelichting die de Europese Commissie bij artikel 53 heeft gegeven blijkt dat de gemeente een redelijke mate van vrijheid toekomt om te bepalen welk (pop-up) project of welke activiteit als cultureel wordt aangemerkt. Voor de gevallen waarin deze verordening geen soelaas biedt (bijv. omdat geen sprake is van transparante steun), kunnen overige voorgenomen stimuleringsmaatregelen (bijv. hulp aanbieden bij de aanvraag van vergunningen, het uitvoeren van beheer en onderhoud

van de locaties enz.) mogelijk als de-minimissteun worden uitgevoerd.

Voor zover pop-up initiatieven (naar het oordeel van de gemeente) op grond van voormelde vrijstellingsregeling (kunnen) worden gestimuleerd met staatssteun, hoeft geen rekening te worden gehouden met de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid. Als stimulering niet onder de toepassing van het staatssteunrecht valt, zal de gemeente op basis van de Wet Markt en Overheid in beginsel de integrale kosten moeten doorberekenen bij de goederen en diensten die vanuit de bestuursorganen van de gemeente worden aangeboden aan derden. Als het beheer en of de exploitatie van het gemeentelijk vastgoed verloopt via een gemeentelijk vastgoedbedrijf, geldt in de relatie met dat vastgoedbedrijf op grond van de Wet Markt en Overheid een bevoordelingsverbod. Aan de toepasselijkheid van de gedragsregels uit de Wet Markt en Overheid op het stimuleren van initiatieven met als doel de levendigheid van een gemeente te vergroten kan alleen worden 'ontkomen' met een door de raad genomen algemeenbelangbesluit. Gelet op de strenge eisen die tegenwoordig worden gesteld aan de zorgvuldigheid waarmee een dergelijk besluit moet worden voorbereid en gemotiveerd, zal een algemeenbelangbesluit naar onze inschatting vermoedelijk echter alleen een rechtvaardiging kunnen vormen voor non-profit leefbaarheidsinitiatieven.